II.

Die Lehre von der Rescission pflichtwidriger Schenkungen.

Von

Herrn Dr. **Breidenbach** in Darmstadt.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. XIV. im vorigen Hefte.)

---

§. 3.

Nach dem Bisherigen glaube ich, daß schon wichtige allgemeine Gründe für die gleiche Wirkung der **q. i. t.** und der **q. i. don.** sprechen, daß dieser Gleichstellung eine gewisse natürliche Vermuthung zur Seite steht, was auch von den bedeutendsten Gegnern der hier vertheidigten Theorie nicht verkannt worden ist [58]). Die Ansicht, daß nach vorjustinianeischem Rechte ohne weitere Distinction der mit der **q. i. don.** auftretende Kläger die Schenkung bis zum Betrag seiner Intestatportion rescindire, scheint mir aber auch ausdrücklich durch die Quellen unterstützt zu werden. Läßt sich auch das Dunkle und Zweifelhafte mancher Stellen nicht verkennen, so möchte sich doch als Gesammtresultat die Richtigkeit dieser Theorie wenigstens als sehr wahrscheinlich herausstellen, und vollkommen stimme ich den Worten Faber's bei: **nunquam mihi persuadere potui, quod si interpretes fere omnes persuadent, inofficiosam donationem intervertendae inofficiosi querelae gratia factam pro debita (sc. legitima) duntaxat portione revocari.**

---

58) So sagt Vinnius: **nam cum ad similitudinem querelae inofficiosi testamenti haec revocatio introducta sit, consentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficiosi tota rescinditur institutio sic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio.** Lauterbach a. a. O. §. 9. Retez a. a. O. §. 14. Vangerow a. a. O.

§. 4.

Das fr. 87. §. 3. de legat. II. hat von jeher den Gegnern der hier vertheidigten Ansicht viel zu schaffen gemacht; man hat die gewagtesten Interpretationen zu Tage gefördert, um den klaren Sinn dieser Stelle wegzudemonstriren. Sie referirt ein Rescript Sever's. Eine Großmutter hatte ihr Vermögen durch Schenkungen an einen Enkel erschöpft. Der Kaiser verordnet nun, es solle id quod donatum est pro dimidia parte revocari. Das Natürlichste ist offenbar, anzunehmen, daß außer dem Beschenkten noch ein Pflichttheilberechtigter vorhanden war, der durch Revocation der halben Schenkung hiermit die Hälfte der Erbschaft — seine Intestatportion erhielt. Francke [59]) und Mühlenbruch [60]) haben hiergegen angeführt, daß bei mangelnder Kenntniß der genauern Umstände der in fr. cit. erwähnten Schenkung sich mit völliger Gewißheit über diese Stelle nichts bestimmen lasse, und namentlich hat Francke hervorgehoben, es sey nicht gesagt, daß es sich um eine donatio omnium bonorum handle, und erschöpft könne das Vermögen seyn, ohne daß Alles weggegeben werde. Freilich sind die genaueren Verhältnisse nicht ausdrücklich angeführt; meines Ermessens sind aber genug Haltpunkte gegeben, um diese Verhältnisse auf das Bestimmteste fixiren zu können.

Ausdrücklich ist gesagt, daß der Beschenkte ein nepos, also ein Intestaterbberechtigter war und daß die Hälfte der Schenkung rescindirt werden soll. Die Schenkung muß nun jedenfalls so groß gewesen seyn, daß dem verletzten Pflichttheilerbberechtigten nicht einmal seine legitima, d. h. nicht einmal ein Viertheil seiner Intestatportion blieb. Wollte man nun annehmen, es sey keine donatio omnium bonorum gewesen und die Stelle sage: durch Rescission der halben Schenkung solle der Pflichttheil ergänzt werden, so müßte man, da

59) a. a. O. S. 523.
60) a. a. O. S. 10.

es ausdrücklich heißt, die halbe Schenkung werde revocirt; den Fall unterstellen, daß diese Hälfte nicht einmal ein Viertheil der Intestatportion des Querulanten betrage, daß also weniger als ein halb dieser Intestatportion an den nepos geschenkt worden sey. Ein solcher Fall kann aber nicht gemeint seyn, denn es wäre alsdann der Pflichttheilberechtigte nicht verletzt und gar keine Veranlassung zur Querel vorhanden. Nimmt man also an, die Schenkung in fr. 87 sey keine **donatio omnium bonorum** gewesen, so ist grade hierdurch zugegeben, daß unter der **dimidia pars** die Ergänzung des Pflichttheils nicht verstanden seyn kann, — denn man mag rechnen wie man will, man mag die Zahl der im betreffenden Falle vorhandenen Erben auf jede beliebige Art feststellen, man mag selbst mit Hugolinus und Martinus annehmen, der Beschenkte sey ein **extraneus** gewesen, immer wird man auf diese Art zu dem Resultate kommen, daß die Schenkung nicht ganz ein halb der Intestatportion des Querulanten betrug, — was hier nicht denkbar ist. Unterstellt man aber nur eine **donatio omnium bonorum**, so ist wiederum nicht denkbar, daß die **dimidia donationis** gerade den Pflichttheil ausgemacht habe. In diesem Falle müßte nämlich die Schenkung genau = $1/2$ der Intestatportion des Verletzten gewesen seyn, alsdann nur würde die Hälfte der Schenkung den Pflichttheil, $1/4$ der Intestatportion, ausmachen. Es fällt aber in die Augen, daß, wenn nur $1/2$ der Intestatportion verschenkt worden ist, nicht nur keine Verletzung des Pflichttheils vorliegt, sondern der Pflichttheilberechtigte sogar seine ganze Intestatportion erhält. Ist es aber hiernach nicht zu bezweifeln, daß die **dimidia donationis in fr. 87 cit.** weder der Pflichttheil, noch die Ergänzung desselben seyn kann, so bleibt nichts übrig, als die Intestatportion hierunter zu verstehen. Es waren also zwei Erben vorhanden und die Großmutter hatte dem einen das ganze Vermögen geschenkt.

Wenn aber eine große Anzahl besonders älterer Juristen unter der **dimidia** die **dimidia quartae partis bonorum** verstehen, so widerspricht dies doch allen Interpretationsregeln, wie Zimmern [64]) erschöpfend nachgewiesen hat. Die neueren Gegner der hier vertheidigten Theorie haben auch entschieden diese sophistische Erklärung verworfen, und Mühlenbruch, Kritz, Francke und Vangerow haben geradezu nachgegeben, in **fr. 87** sey die Rescission der Schenkung bis auf die Intestatportion des Querulanten verordnet, sich aber darauf berufen, daß in dieser Stelle das Rescissionsrecht nur in seinem Anfange zu erblicken, ein späterer Wechsel der Theorie daher leicht erklärlich sey. Giebt man aber einmal zu, daß die **q. i. d.** bei ihrem Entstehen sich streng an ihr Vorbild angeschlossen habe, räumt man eine anfängliche Gleichstellung in den Wirkungen ein, so muß dies von bedeutendem Einflusse auf die Art seyn, wie man die späteren Gesetzesstellen auffaßt, — man wird nur bei klaren, ausdrücklichen Bestimmungen einen Wechsel der Theorie annehmen können. Es soll übrigens keineswegs behauptet werden, daß die Theorie der **q. i. d.** immer dieselbe blieb, es folgt vielmehr aus dem oben aufgestellten Satze, wonach die **q. i. d.** nur eine ausgedehnte, analog angewandte **q. i. test.** ist, mit Nothwendigkeit, daß sie mit der Veränderung letzterer Klage ebenfalls eine andere Natur annahm, — eine Ansicht, die zu ganz andern praktischen Resultaten führt, als die oben erwähnte, wonach die **q. i. d.** unabhängig von der **q. i. test.** ihren Charakter veränderte.

Kritz hat nun zwar die hier vertheidigte Erklärungsweise des **fr. 87 cit.** nicht bestritten, — macht aber dieser Stelle **quaestio status**. Sie sey kein **locus dispositivus**; ein Rescript erscheine nur dann als allgemeine Rechtsquelle, wenn es sich selbst den Charakter der Allgemeingültigkeit beilege, was man von dem fraglichen Rescript Sever's nicht

64) a. a. O. S. 61 ff.

sagen könne. Die c. 12 C. de leg. et const. rühre erst von Justinian her, die Aufnahme dieses Rescripts in die Pandekten mache es zu keiner allgemeingültigen Rechtsnorm, da die Compilatoren sich deutlicher ausgedrückt haben würden, wenn sie dasselbe hierzu hätten erheben wollen. Wenn Kritz hiermit sagen will, daß das Rescript bei seinem Erlasse keine allgemeingültige Norm ausgesprochen habe, so möchte diese Behauptung sich schwerlich rechtfertigen lassen. Im ältern Rechte hatte jedes Rescript, mit Ausnahme der in fr. 1. §. 2. D. de const. princ. (1. 4.) erwähnten constitutiones personales, allgemeine Gesetzeskraft [62]). Jedenfalls ist es aber nach der ganzen Fassung des fraglichen Rescripts, insbesondere nach dem Ausdruck „ratio deposcit“ nicht zu bezweifeln, daß ein rescriptum generale vorliegt, in dem Sinne, wie dieser Ausdruck in fr. 1. §. 3. D. de leg. tut. (26. 4.), fr. 9. §. 5. D. d. jur. et fact. ign. (22. 6.) und anderwärts gebraucht ist, und gewiß ist diesem Rescripte Sever's die allgemeine auctoritas der Constitutionen nicht abzusprechen, deren Anerkennung in concreto durch die Bezugnahme des Paulus (fr. 87. §. 4.) und die Einverleibung in die Digesten hinreichend dargethan wird. Sehr gewagt ist es aber doch, wenn Kritz [63]) weiter anzunehmen scheint, daß mit dieser Bezugnahme nur überhaupt das subvenire contra voluntatem patris, nicht die Art dieses subvenire anerkannt werden sollte.

Auf dieses in den Pandekten referirte Rescript Sever's folgt zunächst eine Constitution des Philippus, c. 1. C. h. t., worin es heißt: den durch eine pflichtwidrige Schenkung verletzten Pflichttheilberechtigten werde eine Klage nach dem Vorbilde der q. i. test. gegeben, „utpote quartam non habentibus.“ Daß durch die letzten Worte nicht gesagt ist,

---

62) Gaj. I. 1. §. 5, §. 6. Inst. d. j. nat. (1. 2.) fr. 1. D. de const. princ. (1. 4.)

63) a. a. O. S. 120.

die Klage gehe auf die **quarta**, ist jetzt allgemein anerkannt. Es lassen sich dieselben ganz natürlich auf den Grund der Voraussetzung der Querel beziehen, und somit liefert der Umstand, daß hier über die Wirkungen nichts gesagt und überhaupt lediglich auf die **q. i. test.** hingewiesen wird, den Beweis, daß zu jener Zeit noch von keiner Abänderung der in dem Rescripte des Sever aufgestellten Grundsätze die Rede war.

Es folgen nun zwei Constitutionen von Valerian und Gallien, die schon erwähnte **c. 2.** und die **c. 3. h. t.** In der erstern wollen nun sämmtliche Vertheidiger der hier bekämpften Theorie einen gewichtigen Stützpunkt finden. Man zieht nämlich folgenden Schluß: die Kaiser verordnen, daß wenn ein Vater an seinen in der Gewalt befindlichen Sohn sein ganzes Vermögen verschenkt, durch des Ersteren Tod die Schenkung zwar convalesciren, der verletzte Pflichttheilerbe aber von dem Theilungsrichter den vierten Theil der Intestatportion erhalten und bei Schenkungen an Emancipirte dem Beeinträchtigten die **q. i. d.** zustehen solle. Hiermit sey das Quantum der Rescissionsklage deutlich bezeichnet; im ersten Falle sey ausdrücklich der Pflichttheil genannt und es verstehe sich von selbst, daß dieser auch im zweiten gemeint sey. [64]). Gibt man, wie dies Faber und Zimmern zu thun scheinen, zu, daß die erste Hälfte dieser Constitution etwas Neues verordne, daß hier direkt bestimmt sey, der **arbiter** solle grade den Pflichttheil abziehen, so läßt sich nicht verkennen, daß hiermit der gegentheiligen Theorie ziemlich viel eingeräumt ist — trotz aller scharfsinnigen Erklärungen, wie sie Faber versucht hat. Man könnte nämlich alsdann, namentlich wenn noch als Grund dieser Bestimmung angenommen wird, die Schenkung convalescire nur

64) Vinnius a. a. O. Glück a. a. O. S. 161 ff Francke a. a. O. S. 525. Mühlenbruch a. a O. S. 101 u. 195. Vangerow a. a. O.

bis zu dem genannten Betrage, weil sie gesetzwidrig sey und über den Pflichttheil hinausgehe, mit Fug und Recht den so eben erwähnten Schluß ziehen. Weit einfacher gestaltet sich aber die Sache, wenn man die schon oben vertheidigte Erklärung Hille's annimmt. Hiernach enthält die c. 2. nichts als: Anwendung eines bekannten Satzes auf einen praktischen Fall; sie sagt nur: wenn der Pflichttheil rechtlich nicht als verletzt erscheint, oder ein anderes gesetzliches Mittel vorliegt, was dem Berechtigten die legitima sichert, so ist kein Grund zur Querel vorhanden; ist aber der Pflichttheil verletzt und kann er auf keine andere Art erhalten werden, so ist wie bei der q. i. t. zu verfahren. Man wird nicht in Abrede stellen wollen, daß wenn ein ptf. an seinen in der Gewalt befindlichen Sohn sein ganzes Vermögen verschenkt, einem andern Intestaterben aber nur das inane nomen heredis hinterläßt, zufolge der Grundsätze, daß Schenkungen des ptf. an den filf. als mortis causa donationes betrachtet werden, und daß jedem Erben die quarta falcidia bleiben muß, — dem Benachtheiligten der Abzug der falcidischen Quart zusteht, die Schenkung also nur insoweit convalescirt, daß die Quart frei bleibt. Da nun nach älterem Recht der Pflichttheil ebenfalls $1/4$ der Intestatportion beträgt, so ist durch jenes beschränkte Convalesciren dem Pflichttheilberechtigten seine legitima erhalten, — also kein Grund zur Querel vorhanden. Die erste Hälfte der c. 2. cit. kann daher wohl nur so verstanden werden, daß die Kaiser sagen wollen: da an einen in der patria potestas befindlichen Sohn geschenkt worden sey, so erscheine durch die Grundsätze über quarta falcidia der Pflichttheil gesichert. Hierdurch wird auch der Einwand Mühlenbruch's, daß die Worte „quartam partem debitae ab intestato portionis“ nicht von der falcidischen Quart gebraucht würden, beseitigt, da die Kaiser an den durch die falcidische Quart implicite gesicherten Pflichttheil denken. So faßt auch die westgothische Interpretation zu c. 2. C. Gregor. de fam. ercisc. die Sache auf, wo es von einem sol-

chen Falle heißt, daß **reliquis filiis de hac ipsa donatione falcidia suppleatur**, was nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche sich nur auf die eigentliche falcidische Quart beziehen kann.

Enthält demnach, was auch durch den oben erwähnten noch viel deutlicheren §. 281 **fr. Vat.** unterstützt wird, die erste Hälfte von **c. 3 cit.** nur eine Anwendung des so eben angeführten Grundsatzes, so folgt hieraus, daß die ganze Constitution sogar entschieden günstig für die hier vertheidigte Ansicht ist — da die zweite Hälfte, welche bei Schenkungen an Emancipirte die Anwendung unsrer Querel vorschreibt [65]), bezüglich des Näheren dieser Klage lediglich auf ihr Vorbild, die **q. i. test.** hinweist [66]). Vangerow führt bei Erklärung dieser Stelle an, es sey nicht wohl glaublich, daß eine an sich ungültige Schenkung zu größerem Theile erhalten werde, als eine an sich gültige, gegen welche nur ein **auxilium aequitatis** gegeben sey. Daß hierin eine Unbilligkeit liegt, wird man nicht läugnen können. Es ist aber doch ebenso schwerlich der Billigkeit entsprechend, wenn der Pflichttheilberechtigte, dem die **legitima** nicht ganz vollständig hinterlassen wurde, das ganze Testament umstößt, während er, wenn ihm gerade der Pflichttheil blieb, sich damit begnügen muß. Diese wie jene Unbilligkeit gehört zu den vielen Sonderbarkeiten, die das consequente Festhalten des vorjustinianeischen Rechts an dem Grundsatze: „ist der Pflichttheil auf irgend eine Art hinterlassen oder erreichbar, so ist die Querel nicht statthaft, ist er aber nicht ganz vollständig geblieben und greift kein andres Rechtsmittel ein, so ist die bei weitem mehr als den Pflichttheil gewährende **quer. inoffic. test.** zulässig" — herbeiführt, Sonderbarkeiten, die mit dem Geiste des äl-

65) s. insbes. das Scholion des Theodorus zu **Bas. l. 41. §. 8. (Fabrot. V. p. 487.**

66) Auf das aus der Fassung der **c. 2.** in den Basiliken von Mühlenbruch hergeleitete Gegenargument werde ich weiter unten zurückkommen.

teren Römischen Rechts ganz vereinbarlich seyn möchten, die aber hier durch das neuere, c. 30 C. q. i. t., noch vermehrt würden, da hiernach der Erbe besser daran ist, wenn ihm gar nichts hinterlassen wurde, als wenn ihm etwas, aber weniger als der Pflichttheil blieb.

Daß die c. 3. h. t. für unsere Frage gleichgültig ist, unterliegt keinem Zweifel. In den hierauf folgenden Constitutionen Diocletian's und Maximian's, c. 4—8 h. t., glaubt man dagegen die Rescission bis zum Pflichttheil ausgesprochen zu finden. Was die c. 4 betrifft, so hat dieselbe einen ähnlichen Inhalt wie c. 2. Wie letztere Stelle eine Anwendung des Satzes gibt, daß, wenn der Pflichttheil rechtlich nicht als verletzt erscheine, keine Querel stattfinde, so spricht, wie schon oben erörtert, c. 4 den subsidiären Charakter der q. i. d. aus, sagt, daß, wenn im Wege der i. i. restitutio das Geschenk angefochten werden könne, die q. i. d. nicht zuläßig sey; und mit Recht findet Faber in dieser Gleichheit des subsidiären Charakters der q. i. d. und der q. i. test. ein Argument dafür, daß in jeder Beziehung, soweit es möglich sey, also auch in Betreff der Wirkung beide Klagen denselben Principien folgten. In den Worten der c. 4: quae perperam gesta sunt, liegt aber nichts, was specieller andeutete, inwieweit das Geschenk angefochten werden könne, da hier diese Anfechtung sich einzig und allein nach allgemeinen Grundsätzen über in integrum restitutio richtet. Wollte man annehmen, es sey damit gesagt, die Rescission ginge nur auf den Pflichttheil, so würde man, was gewiß nicht angeht, eine ganz neue Art der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand creiren, die mit Rücksicht auf den Pflichttheil stattfände. Gewiß ist in c. 4 nur von einer restitutio ex persona defuncti sc. filii die Rede und die Worte „quae perperam gesta sunt" deuten also nicht einmal die Veranlassung der Restitution an; sie bezeichnen nur, daß eine donatio immoderata die Veranlassung zu der Constitution gegeben hat. Man hat daher kaum nöthig, sich darauf zu stützen, daß in

der Fassung dieser Constitution in §. 282 fr. Vat. nicht von der legitima die Rede ist [67]), und noch weniger braucht man mit Zimmern [68]) anzunehmen, unter den Worten „quae perperam gesta sunt“ sey auch das leichtsinnige Entziehen der den nächsten Verwandten gebührenden Intestatportion gemeint — eine Unterstellung, die sich vom Vorwurfe einiger Willkühr nicht wohl ganz freisprechen läßt.

Als eine Hauptstütze der gegentheiligen Theorie wird, namentlich von älteren Schriftstellern, die c. 5 h. t. angeführt, und man kann nicht läugnen, daß diese Stelle, bezieht man sie auf die Querel des Pflichttheilberechtigten, einen schlagenden Beweis für die Richtigkeit der hier bekämpften Ansicht abgeben würde.

Ein großer Theil der Interpreten dieser Constitution hat ihr folgende Bedeutung unterlegt. Ein Vater habe sein ganzes Vermögen an seine emancipirten Kinder verschenkt, er habe dies bereut und die Kaiser hätten ihm auf deßfallsige Bitte um Rechtshülfe geantwortet, — den nachgeborenen Kindern stehe ja die Querel zu. Die Worte „ad patrimonium tuum revertetur“ werden auf diese Art mit „ad hereditatem tuam querela liberorum revertetur“ gleichbedeutend genommen. Diese namentlich von Donell vertheidigte, von Glück und Savigny [69]) angenommene Erklärung hat zunächst schon das gegen sich, daß es doch ein eigenthümlicher Trost für den anfragenden Vater gewesen wäre, wenn ihm die Kaiser geantwortet hätten, — er möge sich nur beruhigen, die beeinträchtigten Kinder würden schon die insania jener Disposition geltend machen und die Schenkung mit der gehässigen Querel umstoßen. Nimmt man nun noch, wie es wohl die consequente Durchführung der Grundprincipien über die querela inofficiosae donationis erfordert, die besonders

67) Hille a. a. O. S. 54.

68) a. a. O. S. 75.

69) Syst. 4. S. 226 Not. c.

von Mühlenbruch und Vangerow vertheidigte Ansicht an, daß den nachgebornen Kindern eine Querel gar nicht zustehe, — was nicht nur durch allgemeine Grundsätze sich rechtfertigen läßt, sondern auch noch ausdrücklich durch §. 5. **Bas. 41. 4. (Fabrot. v. p, 479)**, wo deutlich von einer Schenkung gesagt wird, sie sey deswegen **in concreto** rechtlich nicht als inofficiös zu betrachten, weil der Verletzte zur Zeit der Schenkung nicht am Leben war, unterstützt wird [70]) — so fällt jene Argumentation ganz zusammen. Gesteht man aber auch den nachgeborenen Kindern die Querel zu, so ist es doch immer natürlicher, anzunehmen, daß in der **c. 5 cit.** diese gehässige Klage verhindert, als daß auf sie verwiesen werden sollte, daß also die Kaiser dem Vater selber ein Revocationsrecht gaben. Hierfür spricht die wahrscheinliche Veranlassung dieser Constitution, die Fassung der Schlußworte (**quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui** *necesse est*), die grammatisch richtiger durch „was du — einst deinen Kindern hinterlassen mußt", als durch: „was du hättest hinterlassen müssen", übersetzt werden; hierfür spricht die Darstellung der Basiliken, vor Allem aber das Scholion des Thaleläus [71]), der von einem Machtspruch des Kaisers spricht, während nach jener Ansicht die **c. 5** nur ein Hinweisen auf bestehende Rechtssätze enthalten würde. Gesteht man hiernach dem Schenker selber eine Revocationsklage zu, so erscheint jedoch dieselbe nicht, wie Vinnius annimmt, als eine **querela inofficiosae donationis**, da eine Beschwerde über eigne Lieblosigkeit nicht denkbar ist, und die analoge Anwendung der **q. i. test.** doch

---

70) Die betreffende Stelle lautet nach Fabrot's Uebersetzung: **constitutio igitur, quia valere donationes animadvertit, nec in fraudem filii factas, nec enim tunc in rebus humanis erat, jubet etc.**

71) Ueber die Wichtigkeit der Summen und Scholien des Thaleläus für die Exegese des Codex s. Zachariä in Richters u. Schneider's kr. Jahrb. 1842. H. 6. S. 485.

nicht so weit gehen kann, daß man den klagenden Erblasser als gestorben, und seine noch nicht gebornen Kinder als mit der Querel auftretend fingirt. Diese Klage ist vielmehr eine **condictio ex lege** und es beweisen somit die hierüber aufgestellten Grundsätze nichts für die **q. i. don.** Es liegt auch in der Natur der Sache, daß die Klage des Vaters nur auf den Pflichttheil geht, denn nur diesen muß er seinen Kindern hinterlassen; überdieß hatte er, wie auch in der erwähnten Stelle der Basiliken deutlich gesagt ist, keine eigentliche Inofficiosität begangen und die gegebene **condictio** war nur ein Akt kaiserlicher Gnade. Ist hiernach im Allgemeinen die **c. 5** für unsere Frage gleichgültig; so liefert die Fassung dieser Constitution in den Basiliken sogar ein nicht ganz unbedeutendes Moment für die hier vertheidigte Theorie. Nach den Basiliken bat der Vater, alle Schenkungen revociren zu dürfen — die Kaiser gestatteten es ihm nur bis zum Betrage des Pflichttheils, weil keine Inofficiosität vorlag. Offenbar sollte also der Klage des Vaters, die auf den Pflichttheil gegeben wurde, eine geringere Wirkung beigelegt werden, als dem bei eigentlicher Inofficiosität den Kindern zustehenden Rechtsmittel — woraus sich der für unsre Frage zu ziehende Schluß von selbst ergiebt.

In **c. 6 h. t.** ist nun ein Fall unterstellt, in dem keine **donatio omnium bonorum** geschehen war; die Kaiser verordnen, daß wenn der Pflichttheilberechtigte nicht soviel wenigstens erhalten habe, als **ad submovendam querelam** nöthig sey, so würde der **praeses provinciae** nach dem Beispiele eines pflichtwidrigen Testamentes das Erforderliche vornehmen (**jurisdictionis suae partes exhibebit**). Hierin liegt doch wohl, daß wie bei der **q. i. t.** verfahren werden soll. Hätten die Kaiser eine, sich nicht von selbst verstehende, Abweichung von den Grundsätzen über **q. i. t.** beabsichtigt, so würden sie dies ausdrücklich gesagt und sich nicht damit begnügt haben, zu verordnen, daß der **praeses provinciae ad exemplum inofficiosi testamenti** verfahren solle.

In c. 7 h. t. sind die Worte „quod immoderatum gestum est revocabitur“ vielfach so interpretirt worden: die Schenkung wird revocirt werden, insoweit sie pflichtwidrig ist, also bis zum Betrage des Pflichttheils. Dieses „insoweit“ ist aber schwerlich in der Stelle enthalten, und mit Recht sagt Faber: longe differentia haec sunt: revocari id quod immoderate gestum est et revocari quatenus immoderate gestum est. Man übersehe auch nicht, daß die Römer, wenn der Testator die ihm gezogene Gränze nicht scharf einhielt, den Pflichttheil nicht vollständig den Berechtigten hinterließ, der ganzen Disposition und nicht bloß der Ueberschreitung der Gränze den color insaniae beilegten, die Disposition in ihrer Totalität als inofficiös betrachteten, und wohl ist man nach der Art, wie die pflichtwidrigen Schenkungen aufgefaßt und hiernach auf dieselben die quer. inoff. test. angewandt wurde, nach den Aussprüchen der Gesetze, daß pflichtwidrige Schenkungen gleich pflichtwidrigen Testamenten behandelt werden sollen, veranlaßt, auch der inofficiösen Schenkung in ihrer Totalität den Charakter der Lieblosigkeit beizulegen. Daß dies auch mit der sonstigen Rechtsansicht der Römer nicht in Widerspruch steht, hat Faber nachgewiesen, und was den entgegengehaltenen Grundsatz utile per inutile non vitiatur betrifft, so ist schon oben das Erforderliche über diese Rechtsregel und deren Beziehung zu unserer Frage bemerkt.

Die c. 8 h. t. ist bekanntlich die Hauptstelle, der optimus textus, wie Vinnius sagt, woraus die Rescission bis zum Betrage des Pflichttheils folgen soll, und es scheint auch fast den Anhängern der hier vertheidigten Ansicht mit dieser Constitution ebenso zu gehen, wie den Vertretern der gegentheiligen Theorie mit dem fr. 87 §. 3 de leg. II. Man kann nämlich nicht wohl in Abrede stellen, daß sich die Worte: „quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur“ ganz füglich durch: „soll das Geschenk nach Beschaffenheit, Größe, der

Quart d. i. des Pflichttheils, nach dem Vorbild des aufgehobenen pflichtwidrigen Testaments, vermindert werden", übersetzen lassen. Man wird aber auch nicht läugnen können, daß man auf diese Art dem Gesetze eine etwas sonderbare Fassung unterstellt. Die Constitution bestimmt, die Schenkung solle wie ein inofficiöses Testament rescindirt werden, und diese Regel soll dann im Vorbeigehen, durch drei Worte, die man als ein wahres contradictum in adjecto betrachten müßte, auf eine so durchgreifende, durch die Verschiedenheit des Falles keineswegs gebotene, Art modificirt worden seyn! Faber hat daher versucht, die quarta hier als eine pars hereditatis, als die Intestatportion im concreten Falle darzustellen — möglich wäre es freilich, daß vier Erben in dem fraglichen Falle existirt hätten, aber in der Constitution steht nichts davon und jedenfalls ist diese Interpretation gesucht. Faber scheint dies auch eingesehen zu haben, denn er fügt hinzu, er würde lieber die Worte: „pro ratione quartae" streichen, als von seiner auf die ratio legis und die größere Anzahl der Gesetze gestützten Ansicht abgehen. Zimmern hat die fraglichen Worte durch „mit Rücksicht auf die (entzogene) Quart" zu erklären versucht, demnach als Grund des Gesetzes bezeichnet, ähnlich wie in c. 1 h. t. die Worte: „utpote quartam non habentibus." Hille hat sich dieser Interpretation angeschlossen, die von Mühlenbruch als im höchsten Grade willführlich, von Vangerow als grammatisch unmöglich verworfen wird.

Daß das Wort „ratio" wohl durch „Grund, Rücksicht" übersetzt werden kann, wird wohl keines Beweises bedürfen, es ist dies sogar eine seiner gewöhnlichsten Bedeutungen, wie die Ausdrücke commodi, pecuniae, reipublicae, veritatis etc. ratio bei Cicero [72]) und die in den Pandekten und im Codex so häufig vorkommenden Verbindungen aequitatis,

---

72) ad fam. VII, 17; XI, 14. Sull. III. Verr. I. 2. pro Rosc. c. 51. in Calp. Pis. c. 2 de leg. I. 7.

pietatis, aetatis, temporis etc. ratio [73]) zeigen. Selbst der Ausdruck „**ratio legis**“ ist mitunter in dem Zusammenhange gebraucht, daß er nicht durch „Grund, Geist des Gesetzes“, sondern durch „Rücksicht auf das Gesetz, wegen des Gesetzes“ übersetzt werden muß. [74]) Hieße es daher an unserer Stelle „**ratione quartae**“ statt „***pro* ratione quartae**“, oder „**ex ratione, ob, propter, per rationem**“, so würde gewiß Zimmern's Uebersetzung auch nicht dem geringsten Anstande unterliegen, man würde ganz füglich die Worte „**ratione quartae**“ durch „wegen der Quart“, „aus Rücksicht auf die (nicht hinterlassene) Quart“, „wegen der Rechtsvorschriften über die zu hinterlassende Quart“ u. dgl. m. umschreiben können. Es ist daher eigentlich nur der Gebrauch der Präposition „**pro**“, der die Sache zweifelhaft macht und Vangerow veranlaßt haben wird, jene Uebersetzung für ungrammatisch zu erklären. Es möchte sich aber doch vielleicht nachweisen lassen, daß dieses „**pro**“ allerdings nicht selten in der Art gebraucht wird, daß es als gleichbedeutend mit **ex**, **propter**, **ob**, **per etc.** anzusehen ist. In dieser Verbindung kommt es namentlich nicht selten bei Cicero vor. So z. B. heißt es **de orat. I, 55: aliquem amare pro ejus suavitate**, wo offenbar **pro** = **ob**, **propter**; so **Verr. II, 51: ut pro suffragio Theomachus renunciaretur**, wo „**pro**“ wohl die Bedeutung von „**per**“ hat. Eine ähnliche Construction s. auch **Liv. l. 9. c. 36.** Auch nach der sehr gewöhnlichen Bedeutung von „**pro**“: „in Gemäßheit, nach, zufolge“ läßt sich Zimmern's Uebersetzung rechtfertigen. Denn wie man die bekannten Ausdrücke: „**pro amicitia mea, pro meo amore, pro eo ac debui**“ durch: „in Gemäßheit meiner Freundschaft, Liebe, Pflicht“ übersetzt,

---

73) **c. 1 C. de rep. (5. 17) fr. 1 pr. D. de obs. par. (37. 15.) fr. 16. §. 1 D. de poen. (48. 19.) etc.**

74) **So z. B. in fr. 8 §. 4 D. de leg. I. (30.) fr. 32 pr. D. de fid. lib. (40. 5.) fr. 88 §. 12 D. de leg. II. (31.) etc.**

kann man auch die Worte „pro ratione quartae“ durch: „in Gemäßheit, zufolge der Rücksicht auf die Quart“ wiedergeben, ohne gegen grammatische Regeln zu verstoßen.

Wenn Francke [75]) hiergegen anführt, die erwähnten Worte bezeichneten den Grund des Gesetzes deswegen nicht, weil dieser Grund schon weitläufig in dem Vordersatze ausgeführt sey, so enthalten doch in c. 1 h. t. die Worte „utpote quartam non habentibus“ ganz dieselbe Wiederholung. Ueberhaupt möchte grade dieser Vordersatz zeigen, daß es nicht die Absicht der Kaiser war, der q. i. don. eine beschränktere Wirkung zu geben, als der q. i. test. Deutlich liegt in der ersten Hälfte der const., daß man die durch die Schenkungen versuchte Vereitlung der q. i. test. verhindern wollte; eine Beschränkung der q. i. don. auf den Pflichttheil würde aber doch die Erblasserin ihre „cogitationes“ theilweise erreichen lassen; die „actiones filiorum“ wären immer, wenn nicht ganz doch theilweise, vereitelt.

Nach dem Bisherigen hat man also kaum nöthig, mit Faber zu einer Correctur zu schreiten, wollte man sich aber auch zu diesem ultimum refugium der Interpretation wenden, so hätte man nur die Präposition „pro“ zu streichen, oder statt „pro ratione“ „propter oder per rationem“ zu setzen, welches letztere im Grunde nicht so sehr gewagt wäre, da bekanntlich „pro“ und „per“ in den Handschriften oft durch dasselbe Zeichen ausgedrückt werden und die accusativische Schlußsylbe „em“ oft nur durch ein ē angedeutet oder ganz weggelassen wird.

Daß Diocletian und Maximian in c. 8 cit. nur eine analoge Anwendung der quer. inoff. test. wollten, wird aber auch durch die, ebenfalls von ihnen herrührende c. 4 C. de contrah. emt. vend. (4. 38.) bewiesen. Diese Stelle spricht von folgendem Falle. Eine Frau hatte ihr gesammtes Vermögen verschenkt, der Beschenkte kaufte dasselbe jedoch noch

---

75) a. a. O. S. 527.

einmal von dem Erben der Schenkerin. Die Kaiser rescribiren nun, ein Kauf existire nicht, da es keine emptio eigner Sachen geben kann; der Kauf gewähre jedoch den Vortheil, daß, da das ganze Vermögen geschenkt worden sey, die in einem solchen Falle dem Sohne nach Maßgabe der lieblosen Testamente zustehende Klage auf Rückforderung des Geschenkten elidirt werde. In den Worten: **sane, quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis: ad hoc et a filio facta venditio rerum maternarum afferre perfecta enim donatione poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit** *haec avocare,* kann man wohl das Wort „**haec**" nur auf **bona donata et tradita** beziehen. Es heißt also, der Erbe könne diese **bona** zurückfordern. Mühlenbruch und Francke führen nun aus, daß hiermit nicht gesagt sey, es könnten **omnia bona** zurückgefordert werden; es sey keine Veranlassung dagewesen, das Quantum der Rescissionsklage zu bestimmen; man könne daher auf den allgemeinen und unbestimmten Ausdruck „**haec avocare**" nicht das Gewicht legen, als wenn es Hauptzweck der Constitution gewesen wäre, festzustellen, was und wieviel der verletzte Notherbe mit der Querel zurückfordern dürfe. [76])

Wenn man auch unbedenklich zugeben wird, daß diese Constitution nicht geradezu beabsichtigte, das Quantum der **querela inofficiosae donationis** zu fixiren, so folgt doch hieraus nicht, daß sie dieses Quantum gar nicht angedeutet hat. Die ganze Stelle spricht von der Existenz der Schenkung und des Kaufs überhaupt, nirgends ist von einzelnen Bestandtheilen der **bona** die Rede, und es ist daher der Wortverbindung und dem ganzen Zusammenhange der Stelle entsprechend, die Worte „**haec avocare**" auf die ganze Schenkung zu beziehen. Hierfür spricht auch der ganze Zusatz „**exemplo inofficiosi testamenti**", namentlich aber

76) s. auch Vinnius a. a. O., Rau a. a. O. S. 26; Kritz a. a. O. S. 117.

die Fassung dieser Stelle in §. 293. **fr. Vat.**, wo das Wort „**bona**“ fehlt, „**haec**“ also nur auf „**omnia**“ bezogen werden kann. Dieser §. 293 unterstützt auch die von allen neueren Ausgaben des **corp. jur.** recipirte Lesart „**haec**“, im Gegensatze zu den älteren „**hic**“ und „**hoc**“, auf die sich Francke [77]) beruft.

Vangerow hat nun eingewendet, es gehe aus der **c. 4. cit.** nicht hervor, daß das ganze Vermögen auch verkauft worden sey. Hierauf läßt sich aber erwidern, daß die Worte „**res maternae**“ nach dem constanten Sprachgebrauche der Quellen das mütterliche Vermögen, insbesondere die mütterliche Hinterlassenschaft, Erbschaft bedeuten. So gebrauchen u. a. **fr. 78 D. de her. inst. (28. 5.)**, **fr. 86 §. 2 D. de acq. v. om. her. (29. 2.)**, **fr. ult. D. ad Sct. Treb. (3. 61.)** und insbesondere die Ueberschrift zu **C. VI, 60** und **c. 4** dieses Titels jenen Ausdruck. Die **c. 4 C. de contr. emt.** hat daher wohl eine **venditio omnium bonorum**, aller Wahrscheinlichkeit nach aber eine **venditio hereditatis** im Auge.

Auf die **c. 4 cit.** hat man nun die Distinction gestützt, wonach von beschenkten Notherben die Intestatportion, von beschenkten Fremden Alles zurückgefordert werden könne. [78]) Ich kann jedoch in dieser Stelle nur den Grundsatz finden, daß die Querel allgemein auf die Intestatportion geht. Daß in dem concreten Falle gerade Alles zurückgefordert werden könnte, erklärt sich einfach dadurch, daß, wie aus den Anfangsworten der Constitution deutlich hervorgeht, der Erbe hier **heres ex asse** ist, also das ganze Vermögen seine Intestatportion bildet. Ueberdies widerspricht diese Distinction den Grundprincipien über pflichtwidrige Schenkungen; denn, wie Vinnius bemerkt, **non vere persona accipientis do-**

---

77) a. a. O. S. 531.

78) **a Costa ad §. 3 Inst. de inoff. test. (2. 18.)** Zimmern a. a. O. S. 75.

nationem inofficiosam facit, sed profusa libertas. [79]) Auch sagt das Scholion zu **Basilic. l. 41. 4. §. 3.** [80]) ausdrücklich, daß keine Distinction zwischen beschenkten Söhnen und Fremden stattfinde.

Die **c. 9 h. t.**, die ganz allgemein auf die **eadem vel similis causa** der **q. i. t.** und der **q. i. d.** aufmerksam macht und auf die Entstehung letzterer Klage hinweist, ist schon oben erörtert und das aus ihr für unsre Frage zu ziehende allgemeine Argument hervorgehoben worden. Was nun die letzte Stelle des vorjustinianeischen Rechts, die **c. un. C. de inoff. dot. (3. 30.)** betrifft, so liefert dieselbe, wenn man die Worte „**emolumenta debita**" von dem Pflichttheil versteht, allerdings ein gewichtiges Argument für die hier bekämpfte Ansicht — übersetzt man sie aber mit Zimmern durch „Intestatportion", einen entscheidenden Gegengrund. Meiner Ansicht nach möchte es der ganzen Fassung der Stelle und der gewöhnlichen Bedeutung des Worts „**emolumenta**" am meisten entsprechen, wenn man hier dem Ausdruck „**emolumenta debita**" gar keine direct technische Bedeutung beilegt. Hiernach sagt derselbe nichts, als was er in wörtlicher Uebersetzung bedeutet: „der Antheil der Erbschaft, den sie (die filii) verlangen können", — es ist weder bestimmt der Pflichttheil, noch ausdrücklich die Intestatportion bezeichnet. Die Stelle würde somit aussprechen: „die Söhne erhalten gegen die pflichtwidrige Dos eine Klage nach dem Beispiele eines pflichtwidrigen Testamentes und empfangen den ihnen hiernach zukommenden Antheil." Wie über die sonstigen Verhältnisse der Klage, so ist auch über das Quantum nichts Näheres gesagt und lediglich auf das Vorbild, die **q. i. t.**, hingewiesen, wodurch sich die näheren Verhältnisse, somit auch die Rescissionsquote, von selbst ergeben. Legt man den Worten **emolumenta debita** einen technischen Sinn bei, so erscheinen

---

79) s. auch Donell a. a. O.; Lauterbach a. a. O. §. 22.

80) Fabrot t. V. p. 387.

sie mit dem häufig im technischen Sinne gebrauchten Ausdrucke „portio debita" gleichbedeutend. Fast alle Juristen haben nur diese Worte hier durch „Pflichttheil" übersetzt und Zimmern's Auslegung für entschieden unrichtig erklärt. Ich vermag jedoch nicht einzusehen, warum man es denn gerade für unmöglich erklären will, unter portio debita die Intestatportion zu verstehen, wo doch, wie auch die mehrfach erwähnte c. 2 C. d. inoff. don. zeigt, das Wort „debita" auch bei der Intestatportion gebraucht und letztere selbst mit „pars legitima" öfters bezeichnet wird.[81] Wie dem aber auch sey, — daß nach c. un. cit. die Dos nicht bloß bis auf den Pflichttheil revocirt werden soll, zeigt die Fassung dieser Stelle in Basilic. 41. 4. §. 10.[82] Hier heißt es ganz allgemein, daß, nach dem Muster des pflichtwidrigen Testaments, die inofficiöse Dos zurückgefordert werde, ἀνατροπῇ τῆς ἀμέτρου προικὸς, ohne daß eine Beschränkung auf den Pflichttheil beigefügt und das Quantum der Rescission anders als durch Bezugnahme auf inofficiöse Testamente angedeutet wird. Der etwas gesuchten Erklärung Hille's[83], die c. un. cit. verordne, daß, wenn eine Mutter ihrem Ehemanne ihr gesammtes Vermögen in dotem gebe, den nachgeborenen Kindern, ähnlich wie in c. 5. d. i. t. dem Vater, ein Rechtsmittel zur Erlangung des Pflichttheils gegeben werde, steht, außer den von Mühlenbruch[84] angeführten Gründen, entgegen, daß von nachgeborenen Kindern nicht eine Sylbe in der Constitution steht, und daß nach dem oben zu c. 5 cit. bemerkten, wie Hille[85] selbst zugibt, eine Pflichtwidrigkeit gegen noch nicht geborene Kinder gar nicht angenommen werden kann, die Ueberschrift zu der c. un. cit. aber, sowie die

81) z. B. §. 3 J. d. i. test. (2. 18.) s. auch a Costa ad h. l.
82) Fabrot t. V. p. 481.
83) a. a. O. S. 56 ff.
84) a. a. O. S. 108.
85) a. a. O. S. 35.

Worte „ad exemplum inofficiosi testamenti" offenbar eine eigentliche Inofficiosität im Auge haben. Hiermit soll übrigens nicht in Abrede gestellt werden, daß die c. 5 cit. analoge Anwendung auf die inofficiöse, nicht als eigentliche Schenkung zu betrachtende, dos erleide; es möchte vielmehr bei der ganz gleichen ratio legis der Mutter ebenfalls jenes Rechtsmittel zu gestatten seyn.

§. 5.

Das im älteren Rechte mit strenger Consequenz durchgeführte Princip, daß ein Testament, welches den Pflichttheilberechtigten die legitima auch nur schmälerte, insoweit, als von einer insania dictirt, angesehen, daher, soweit es den Notherben angehe, rescindirt werden solle, ist bekanntlich durch die schon mehrfach erwähnte c. 30 C. d. i. t. (3. 28) in bedeutendem Grade aus Rücksicht auf den favor der Testamente alterirt worden. Hiernach steht die q. i. t. nur denjenigen zu, welchen gar nichts hinterlassen wurde; ist ihnen irgend etwas hinterlassen, so kann nur auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden. Es liegt nun sehr nahe, anzunehmen, daß die ad instar quer. inoff. test. eingeführte q. i. don., die sich so vollständig an ihr Vorbild angeschlossen hat, auch in dieser Beziehung demselben folgte, daß schon in Folge der c. 30 cit. auch mit der q. i. d. die Veränderung vorging, wonach der Pflichttheilberechtigte, wenn ihm etwas hinterlassen worden ist, auch nur mit dieser actio ad supplendam legitimam, einer condictio ex lege, auftreten kann, das Gebiet der Querel also eine Beschränkung erlitten hat. In der That glaube ich, daß man allerdings zu einem solchen Schlusse gelangen kann, ohne, wie Zimmern behauptet, gegen hermeneutische Grundsätze zu verstoßen. Betrachtet man die sämmtlichen, nicht sehr zahlreichen, Gesetzesstellen, die von der q. i. d. handeln, so findet man, wie schon oben bemerkt wurde, eigentlich keine selbstständige Grundsätze aufgestellt, keine eigenthümliche Klage geschaffen. Die Kaiser begnügen sich damit, den Anfragenden zu rescribiren: Richtet Euch nach

den Grundsätzen über pflichtwidrige Testamente, die **ratio** und die **aequitas** verlangen analoge Anwendung. Diese Rescripte sind die Grundlage unserer Klage, die Durchführung der anbefohlenen analogen Anwenduug bildet deren Theorie. Auch nach Erlaß der **c. 30 cit.** bestanden jene Vorschriften, sich nach der **q. i. test.** zu richten, und mit Nothwendigkeit mußte das consequente Befolgen jener analogen Anwendung dahin führen, alle mit der **q. i. test.** vorgehenden Veränderungen auch auf die **q. i. don.** anzuwenden, ein Verfahren, was ganz jenen Gesetzen entsprechend gewissermaßen auch schon in ihnen angeordnet war. Immerhin mochten aber bei den römischen Juristen Zweifel über diese analoge Anwendung entstanden seyn, da dieselbe bei der **c. 30 cit.** nicht ausdrücklich vorgeschrieben wurde, — Zweifel, welche Nov. 92 beseitigt hat. Nach ihrer ganzen Fassung scheint es mir nämlich mit der Zweck des 4. Titels dieser Novelle gewesen zu seyn, diese Zweifel aufzuheben. Der Ideengang ist folgender. Der Kaiser sagt, er habe schon früher den Pflichttheil erhöht, da die Befugniß des Vaters, bevorzugte Kinder höher zu setzen, ihre Gränzen haben müsse. Hierauf wendet er sich zu den pflichtwidrigen Schenkungen, setzt Einiges über deren Berechnung fest und schreibt dann vor, wenn Kindern durch Schenkungen an Miterben weniger als der Pflichttheil hinterlassen worden sey, sollten die Verletzten das Recht haben, von den Beschenkten die Ergänzung des Pflichttheils zu verlangen, so wie dieser bestimmt sey, da der Vater bevorzugte Söhne höher setzen, aber nicht die übrigen an ihrer **legitima** verletzen und so die Intention des Kaisers umgehen dürfe. Dieses habe derselbe von Anfang an gewollt, sehe sich aber jetzt veranlaßt, zu jenem Gesetze nunmehr diesen Zusatz zu machen. Diese letzteren Worte, von „**et haec quidem nostra**" an, bezieht man nun meistens nur darauf, daß der Kaiser von jeher der Meinung gewesen sey, daß die Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18 auch auf die pflichtwidrigen Schenkungen

Bezug habe. Es möchte jedoch viel ungezwungener seyn, anzunehmen, was auch Francke's [86]) Ansicht zu seyn scheint, daß die erwähnten Worte auf den ganzen letzten Satz, etwa von „necessitatem autem habentibus“ an, sich beziehen, als daß sie nur auf den Passus „secundum quam scripsimus mensuram“ gehen, mit andern Worten, daß Justinian auch sagen wollte, es sey schon ohne diese Novelle seine Meinung gewesen, daß, wenn ein Pflichttheilberechtigter weniger als seinen Pflichttheil, so wie dieser festgesetzt sey, erhalte, das Empfangene bis zur legitima ergänzt werden solle. Die Stellung dieses „et *haec*“ hinter dem expositiven Theil des Gesetzes bietet wenigstens nichts dar, was veranlassen könnte, dieses „haec“ grade nur auf einen Theil des vorhergehenden Satzes zu beziehen. Der Kaiser ging daher wohl von der Ansicht aus, daß er es als sich von selbst verstehend betrachte, daß sowohl c. 30 cit. als nov. 18 sich auch auf pflichtwidrige Schenkungen bezögen, — durch nov. 92 jedoch die hierüber entstandenen Zweifel beseitigen wolle.

Wie dem aber auch sey, gewiß ist es, daß im Justinianeischen Rechte derjenige, dem etwas hinterlassen wurde, nicht mit der Querel, sondern nur mit der Ergänzungsklage auftreten kann. Hierdurch erklärt sich nun auch die schon oben erwähnte Fassung des §. 3 Basilic. 41. 4. (Fabr. V. p. 478), einer der c. 2 C. d. i. d. nachgebildeten Stelle. Durch c. 3 cit. ist verordnet, daß, wenn der Vater seinem in der Gewalt befindlichen Sohne sein ganzes Vermögen schenkt, der Theilungsrichter dem beeinträchtigten Sohne ein Viertheil der Intestatportion zuweisen soll, worunter nach dem Obigen die hier indirekt den Pflichttheil wahrende, falcidische Quart gemeint ist. Auch nach neuerem Rechte gelten über diese Schenkungen die nämlichen Grundsätze, auch hier werden sie als mortis causa donationes betrachtet, convalesciren erst mit dem Tode des Schenkers und sind dem Abzuge der fal-

86) a. a. O. S. 529

cidischen Quart unterworfen. Durch diese Quart ist nun zwar nach neuerem Rechte keineswegs dem Sohne der Pflichttheil gewahrt, — es ist aber rechtlich immer etwas als ihm hinterlassen zu betrachten, was ihm nach c. 30 cit. und nov. 92 bis zum Betrag des Pflichttheils ergänzt werden muß. Es erklärt sich daher sehr leicht, warum die Basiliken sagen, der verletzte Erbe erhalte ein Drittheil seiner Intestatportion, da nach den Grundsätzen über actio suppletoria dem Viertheil, was er durch die falcidische Quart empfängt, noch ein Zwölftheil zugefügt werden muß, der Erbe also ein Drittheil, d. h. seinen Pflichttheil, erhält. Zimmern hat nun die Bestimmungen der nov. 92 sowohl bezüglich der Ergänzungsklage, als der Anwendung des erhöhten Pflichttheils als etwas ganz Neues betrachtet und zugleich die Behauptung aufgestellt und mit Consequenz durchgeführt, daß beide Abänderungen nur auf pflichttheilberechtigte Kinder sich bezögen, da nur von diesen die Novelle spreche. Hiernach wären Eltern und Geschwister nur dann verletzt, wenn ihnen nicht einmal ein Viertheil blieb, ihre Klage aber stets, einerlei, ob sie etwas oder nichts erhalten, die eigentliche Querel auf die Intestatportion, — nicht die Ergänzungsklage. Zimmern findet in der Ausdehnung auf die übrigen Notherben einen Schluß a minori ad majus, sieht also in der Novelle und dem Nichtausdehnen derselben eine Bevorzugung der Kinder. Im Grunde genommen wäre aber eine solche Bevorzugung gar nicht vorhanden, denn wenn gleich in gewissen Fällen allerdings die Berechtigung der Kinder hiernach eine ausgedehntere wäre, so erscheine doch in ebensoviel anderen Fällen die Lage der übrigen Notherben vortheilhafter. Die Sache würde sich nämlich folgendermaßen gestalten. Es hat z. B. ein Vater ein Vermögen von 6000 und zwei Söhne, er schenkt dem einen Sohne 5100, alsdann blieben dem andern nur 900, also nicht $1/3$ seiner Intestatportion; er klagt daher auf Ergänzung, d. h. auf 1000. Wenn nun ein Sohn mit demselben Vermögen zwei Eltern hat, und dem einen parens 5100

schenkt, so hat freilich der andere keine Klage, da ihm mehr als $1/_4$ seiner Intestatportion geblieben ist. Hier wären also die Kinder in einer besseren Lage. Setzen wir aber nun den Fall, der Vater habe dem einen Sohn und der Sohn dem einen parens 5300 geschenkt, so daß dem andern Sohne und dem andern parens nur 700 geblieben wäre, — so würde nach Zimmern der Sohn nur bis auf 1000 (die Ergänzung des Pflichttheils), der parens aber auf 3000 (seine Intestatportion) klagen können, letzterer also in einer vortheilhafteren Lage seyn.

Zimmern hat die Sonderbarkeiten dieser Theorie wohl eingesehen, glaubt aber, der Interpret dürfe nicht davon abweichen, — eine wohl zu weit gehende Durchführung des Grundsatzes, daß leges singulares einer analogen Ausdehnung nicht fähig sind, wie denn dieser Grundsatz überhaupt bei den Constitutionen der Kaiser nur cum grano salis angewendet werden darf. Mit Recht macht Mühlenbruch darauf aufmerksam, daß namentlich die Constitutionen ihre Vorschriften gern an etwas Concretes knüpfen, ohne die Anwendung auf andere Fälle auszuschließen. Hiervon ausgehend hat man ja auch, um nur einiger der vielen sich darbietenden Beispiele zu erwähnen, die c. 2 C. de resc. vend. (4. 44.) nicht bloß auf den in dieser Constitution enthaltenen Fall beschränkt, und auf ähnliche Art hat die Mehrheit der Juristen die c. ult. C. de temp. in integr. rest. (II. 53.) ausgedehnt.

§. 6.

Als Resultat des Vorhergehenden ergibt sich demnach für das praktische Recht die einfache Regel, daß in Betreff der Wirkungen unserer Klage die querela inofficiosi testamenti und die actio ad supplendam legitimam vollständig maßgebend sind, daß also, ist dem durch pflichtwidrige Schenkungen verletzten Notherben nichts geblieben, er mit der Querel auf seine Intestatportion, sonst aber mit der Ergänzungsklage auf seinen Pflichttheil klagt. Die Praxis unsrer Gerichte hat

diese Regel schon längst befolgt [87]) und schon Pufendorf hat sich hierfür auf die Rechtsprechung des obersten Tribunals zu Celle berufen. Freilich möchte der, nach Glück's Versicherung von der Praxis angeführte Grund, daß eine donatio omnium bonorum als eine Präterition anzusehen sey, mit dem Geiste des Römischen Notherbenrechts nicht zu vereinigen seyn, da das Recht auf Pflichttheil auf andere Principien sich gründet, als die Grundsätze über das Recht auf Institution oder Exheredation.

III.

Auch noch einige Worte über die Kirchenbaulast des Patrons.

Von

Herrn Dr. J. J. Lang,

K. Bayer. Hofrath und ord. Professor der Rechte zu Würzburg.

In diesem Archiv, Band XXVI. S. 12 ff. und S. 296 ff. sind von mir „Beiträge zur Lehre von der Kirchenbaulast" mitgetheilt. Schon die Ueberschrift deutet an, daß es nicht in meiner Absicht lag, eine umfassende Monographie zu geben; ich wollte nur, wie ich auch ausdrücklich erklärte, meine Erfahrungen und frühern Ausarbeitungen, die ich größtentheils als Mitglied des Spruchcollegiums der Universität Tübingen gemacht hatte, benützen, um zur Förderung dieser Lehre das Meinige beizutragen. In dem zweiten Beitrage sprach ich von den verschiedenen Arten des Patronatrechts und der Einwirkung dieser Verschiedenheit auf die Baulast. So kam ich gelegentlich auf den Unterschied zwischen personaler und realer Baulast. Dabei ging ich von dem Satz aus, daß wenn das

---

87) Glück Bd. VII. S. 159 Not. 9 und die das. citirten.